

Wolfgang Hromadka*

SIND DIE UNTERNEHMEN MIT DEM DEUTSCHEN ARBEITSRECHT GLOBAL WETTBEWERBSFÄHIG?¹

Zusammenfassung

Deutschland steht im Hinblick auf die Arbeitsmarkteffizienz nur auf Platz 41 und in puncto Arbeitsmarktflexibilität nur auf Rang 113 von 148 durch das Weltwirtschaftsforum untersuchten Staaten. Ihre Wettbewerbsfähigkeit verdankt die deutsche Wirtschaft in erster Linie anderen Faktoren. Immerhin ist in den letzten Jahren ein Paradigmenwechsel gelungen, der sowohl Unternehmen als auch Belegschaften zugutekommt: weg von der externen und hin zur internen Flexibilität, statt Kündigung und Wiedereinstellung Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen. Im übrigen ist nach einer gewissen Deregulierung unter der Regierung Schröder unter der Regierung Merkel jetzt wieder eine stärkere Neigung zu Regulierung zu beobachten.

Keywords

Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen – interne und externe Flexibilität – Stamm- und Randbelegschaft – Bündnisse für Arbeit und Öffnungsklauseln in Tarifverträgen – Mindestlohn

* Prof. Dr. Dr. h.c.; bis 2003 Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Passau, bis 2012 Präsident des Verwaltungsgerichts der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Basel, Gastprofessor an der Karlsuniversität zu Prag, ehrenamtlicher Richter am Bundesarbeitsgericht, wissenschaftlicher Berater der Kanzlei Schmitt-Rolfes . Faltermeier, München.

¹ Überarbeitete Fassung des Beitrags: *Sind die Unternehmen mit dem deutschen Arbeitsrecht national und global wettbewerbsfähig?*, [in:] F.-W. Lehmann (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Tariflandschaft im Wandel*, Frankfurt am Main: Deutscher Fachverlag 2013, S. 24 et seq.

Eigentlich könnte man es sich einfach machen und sagen: Deutschland ist einer der drei größten Exporteure der Welt, nach China und vor den USA, und das bei 80 1/2 Millionen Einwohnern gegenüber mehr als 1,3 Milliarden Chinesen und 315 Millionen US-Amerikanern. So schlecht kann das deutsche Arbeitsrecht also gar nicht sein. Dem steht aber das Ergebnis des Global Competitiveness Report 2013-2014 des Weltwirtschaftsforums² entgegen. Deutschland erreichte zwar in der Gesamtwertung der Wettbewerbsfähigkeit einen beachtlichen 4. Platz unter 148 bewerteten Staaten. In puncto Arbeitsmarkteffizienz landeten wir aber gerade einmal auf Platz 41 und im Punkt Arbeitsmarktflexibilität sogar nur auf Rang 113, also ziemlich am Ende der Skala. Die Verfasser der Studie beklagen insbesondere mangelnde Flexibilität bei der Festsetzung der Löhne und hohe Kosten bei der Entlassung von Mitarbeitern³. Die deutsche Wettbewerbsfähigkeit sei anderen Faktoren zu verdanken: der ausgezeichneten Infrastruktur, der Innovationsstärke der Unternehmen, den hochentwickelten Produktions- und Vertriebsverfahren, der Größe und Offenheit des deutschen Marktes. Die gravamina der Verfasser des Competitiveness Reports aus dem Jahr 2013 decken sich fast genau mit denen, die eine Umfrage unter deutschen Unternehmern anderthalb Jahrzehnte zuvor, im Jahr 1997, erbracht hatte: An 1., 2. und 5. Stelle standen die Lohnnebenkosten und der Tariflohn, an 3. die Kündigungsvorschriften, an 4. und 7. zu kurze und unflexible Arbeitszeiten; ein Viertel der Befragten hatte bereits den Mangel an qualifizierten Arbeitskräften beklagt⁴.

² K. Schwab (Red.), *The Global Competitiveness Report 2013-2014*, Geneva: World Economic Forum 2013.

³ Laut OECD hat Deutschland zusammen mit Belgien und den Niederlanden den rigidesten Kündigungsschutz von allen 34 Mitgliedsstaaten. Auffällig seien vor allem die strengen Anforderungen an die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen, der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum Abschluss eines Rechtsstreits und die drohende Unwirksamkeit einer Kündigung, falls eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen, freien Arbeitsplatz möglich war.

⁴ Institut der deutschen Wirtschaft, Köln, 7/1997, S. 8.

I. ARBEITSRECHT: EIN WIRTSCHAFTLICHES DATUM

Die Erkenntnis, dass Arbeitsrecht ein wirtschaftliches Datum ist, ist erst in den letzten Jahrzehnten zum Allgemeingut geworden. Zwar war man sich schon sehr früh dessen bewusst, dass das Arbeitsrecht Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit und damit auf das wirtschaftliche Geschehen hat. Es sei nur an das Washingtoner Arbeitszeitabkommen von 1919 erinnert, wo man die Höchstarbeitszeit nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit staffelte. Japan erhielt die Erlaubnis, statt der allgemein vorgesehenen 48 Stunden 57 Stunden zu arbeiten, Britisch-Indien sogar 60 Stunden, China, Persien und Siam wurden von der Regelung ganz ausgenommen, und in Griechenland und Rumänien, deren Wirtschaft schon damals nicht durch besondere Produktivität auffiel, sollte das Abkommen erst nach einer gewissen Übergangszeit in Kraft treten⁵. Dennoch wurde diese Grundeinsicht gerade in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik überlagert von dem Bild des Kampfes David gegen Goliath, des kleinen Arbeitnehmers gegen den übermächtigen Arbeitgeber. Es war die Zeit, als die „Multis“⁶, die so mancher David als soziale Hängematte missbrauchte, geradezu als das institutionalisierte Böse gebrandmarkt wurden, als es fast selbstverständlich war, dass man zusätzlich zu seinem Urlaub alle zwei Jahre eine Kur nahm und davon träumte, dass jeder nach seinen Bedürfnissen entlohnt werde, als der SPD-Vorsitzende von Schleswig-Holstein, Jochen Steffen, das törichte Wort prägte, man müsse die Grenzen der Belastbarkeit der deutschen Unternehmen testen⁷, und als es zu den gängigen Topoi gehörte, man müsse die Arbeitsgerichtsbarkeit immer noch auf die Waagschale der Arbeitnehmer legen. Die Wirtschaftswunderzeit hatte die Illusion geschaffen, dass die Wirtschaft machbar sei; paradigmatisch dafür zwei Stichwörter: Kanzler Schmidt, der sich als Macher verstand

⁵ Art. 9 et seq. Entwurf eines Übereinkommens über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich vom 28.11.1919, [abgedruckt in:] 50. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt 1920, S. 5 et seq.

⁶ Multinationale Unternehmen.

⁷ W. Weimer, *Die Sozialisierungsfalle*, Frankfurt am Main: Frankfurter Allg. Buch 1999, [zitiert bei:] M. von Prollius, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte nach 1945*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2006, S. 153.

und der als Macher verstanden wurde, und das Stabilitätsgesetz, das der Politik das magische Viereck vorgab⁸: Bund und Länder sollten ihre wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen an den Erfordernissen des wirtschaftlichen Gesamtgleichgewichts ausrichten. Wirtschaftliches Gesamtgleichgewicht hieß Preisstabilität, ein hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und ein stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum (§ 1 StabG). Das Gesetz ist noch in Kraft. Nur am Rande: Als Helmut Schmidt die Regierung übernahm, 1974, gab es knapp 600.000 Arbeitslose, als er abgewählt wurde, 1982, dreimal so viel, nämlich mehr als 1.8 Millionen. Unter seiner Regierung wurde der Sozialstaat derart ausgebaut, dass es zu dem Phänomen der freiwilligen Arbeitslosigkeit kam, unter der wir heute noch leiden. Schmidt selbst befand schließlich: „Die Leute haben einfach keine Lust mehr zu arbeiten“⁹. Verständlich, denn erstmals waren Sozialleistungen eine Alternative zum Einkommen aus Arbeit. Dafür war ein hoher Preis zu zahlen: Die Sozialausgaben stiegen in den 8 Jahren der Regierung Schmidt von 38 auf 83 Mrd. DM¹⁰, die Staatsverschuldung von 39 auf 160 Mrd. DM. Bezeichnenderweise wurde just zur selben Zeit, 1974, § 362 Nr. 5 aus dem StGB gestrichen, in dem es geheißen hatte: „Mit Haft wird bestraft, wer sich dem (...) Müßiggang dergestalt hingibt, dass er in einen Zustand gerät, in welchem zu seinem Unterhalte (...) durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muss“. Damit war ein Kapitel Sozialgeschichte zu Ende gegangen, das nach dem 30 jährigen Krieg begonnen hatte und das einen eigenen Beitrag lohnen würde, nämlich die Geschichte der staatlichen Erziehung zur Arbeit. Nur ein Satz aus einem dieser Arbeitsgesetze – er stammt aus der Gesinde-Ordnung vor die Städte und das platte Land in der Alten-Marck von 1735¹¹, ist aber beispielhaft für eine Vielzahl ähnlicher Regelungen: „Ferner“, so bestimmte Wilhelm, von Gottes Gnaden, König

⁸ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.06.1967, Bundesgesetzblatt I S. 582.

⁹ Zitiert bei G. Bökenkamp, *Das Ende des Wirtschaftswunders*, Stuttgart: Lucius & Lucius 2010, S. 149.

¹⁰ W. Abelshäuser, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte*, München: C.H. Beck 2011, S. 400.

¹¹ Neu-verfaßte Gesinde-Ordnung vor die Städte und das platte Land in der Alten-Mark vom 14.12.1735, Gesinde-Ordnung auf dem Lande Titel III §§ 1, 5.

in Preussen, „ferner schaffen wir ab, und verbiethen ernstlich, dass kein Gerichts-Herr in seinen Gerichten dulde oder gestatte, daß Einwohnere oder Hauß-Leuthe, so gesunde starcke Leuthe, zum Teil bey den Krügern oder andern in seinem Dorffe wohnenden, beynahe das gantze Jahr auf der Bähren-Haut liegen, und unter dem Schein des Pferde- und Vieh-Handels (...) sich gebrauchen, die Zeit mit Müßiggehen zubringen (...)“. Die Sanktion: Wer „ohne Vorbewust der Obrigkeit einen solchen Menschen“ aufnahm, sollte „mit 2. Thlr. Geld-Straffe, oder, nach Befinden, mit dem Gefängniß angesehen werden“. Auch „dienstloses Weibes-Gesindel“ traf es hart; es musste der Obrigkeit „wöchentlich einen Tag bey (...) eigene(r) Kost dienen“.

Die Wende kam nach der 2. Ölpreiskrise 1981/82. Nun setzte sich die Erkenntnis durch, dass man vielleicht auch einmal ein Gewichtchen von der Waagschale der Arbeitnehmer nehmen müsse. In den Worten des Sachverständigenrats zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung: „Notwendig ist (...), dass (...) künftig die ordnungspolitische Problematik arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Regulierung stärker berücksichtigt wird, als dies von der kasuistischen Gesetzgebung und vor allem in der Rechtsprechung (...) in der Vergangenheit geschehen ist“¹². Ein erstes Ergebnis war das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985, das die Befristungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts korrigierte und sachgrundlose Befristungen bis zur Dauer von 18 Monaten erlaubte¹³. Das BAG hatte seit 1960 in der Befristung eine Umgehung des Kündigungsschutzes gesehen und deshalb für alle befristeten Arbeitsverträge im Bereich des Kündigungsschutzrechts einen sachlichen Grund verlangt¹⁴. Es ist bezeichnend, dass es 25 Jahre dauerte, bis der Gesetzgeber sich zu dieser Korrektur entschloss, und es ist ebenso bezeichnend, dass er im selben Gesetz, in dem er den befristeten

¹² Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1987, Nr. 383.

¹³ Zur Entwicklung des Arbeitsrechts in der Bundesrepublik Deutschland vor dem wirtschaftlichen Hintergrund W. Hromadka, *25 Jahre Arbeitsrecht*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2012, S. 585.

¹⁴ Bundesarbeitsgericht 12.10.1960, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Arbeitsvertrag deregulierte, die Teilzeitarbeit regulierte; jede Regelung musste für sich sozialverträglich sein.

In den letzten Jahrzehnten mussten die Unternehmer mit einem ungeheuren Wandel fertig werden: einem Wandel in den Produktionsmitteln und Produktionsverfahren, einem Mentalitätswandel – Stichwort: *shareholder value* – einem Wandel im Konsumverhalten, wechselnden staatlichen Vorgaben und nicht zuletzt einem weltweiten Wettbewerb nach dem Siegeszug neuer Kommunikationstechniken und dem Fall des Eisernen Vorhangs, und das alles vor dem Hintergrund einer rasanten Beschleunigung. Kein Wunder, dass sie die Flexibilität, die man ihnen abverlangte, auch von ihren Mitarbeitern verlangten, verlangen mussten, wenn sie wettbewerbsfähig bleiben wollten. Flexibilität wurde zum Schlüsselbegriff für ihre Forderungen an Gesetzgeber und Rechtsprechung, Flexibilität in zweifacher Hinsicht: beim Personal und bei den Arbeitsbedingungen.

II. EXTERNE FLEXIBILITÄT

Flexibilität beim Personal, später externe Flexibilität genannt, hieß Möglichkeit schneller und kostengünstiger Personalanpassung bei konjunkturellen und strukturellen Änderungen. Klassischer Ansatzpunkt ist das Kündigungsrecht. Das Kündigungsschutzgesetz von 1951 hatte eigentlich nur den § 242 BGB konkretisieren wollen. Eine Kündigung sollte unwirksam sein, wenn sie Treu und Glauben widersprach. Bei einer Kündigung aus betrieblichen Gründen, so sie denn wirklich notwendig war, sollte der Arbeitgeber frei sein. Hier hat die Rechtsprechung hohe materielle und formelle Hürden errichtet, die ganz gewiss nicht in der Absicht des Gesetzgebers lagen. Allerdings hat der Gesetzgeber auch noch draufgesattelt, 1969 mit der Herabsetzung der Altersgrenze von 21 auf 18, mit der Verlängerung der Kündigungsfristen für Arbeiter und mit der Ausdehnung des Kündigungsschutzes auf leitende Angestellte im sogenannten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz¹⁵ und 1972 mit der Kodifizierung

¹⁵ Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechts und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften vom 14.08.1969, Bundesgesetzblatt I 1106.

des Sozialplans im Betriebsverfassungsgesetz (§ 112), den die Rechtsprechung aber schon vorweggenommen hatte¹⁶. Trotz ständiger Mahnungen des Sachverständigenrats¹⁷ und sogar der OECD¹⁸ kam es erst 1996 unter dem Eindruck von mehr als 4 Millionen Arbeitslosen zu einer leichten Lockerung. Damals wurden u.a. die Kleinbetriebsgrenze für den Kündigungsschutz von 5 auf 10 Arbeitnehmer angehoben, die Kriterien der Sozialauswahl eingeschränkt und den betrieblichen Interessen größeres Gewicht zuerkannt¹⁹; letzteres hat die Rechtsprechung alsbald aber auch wieder abgeschwächt²⁰. Dabei ist es im wesentlichen geblieben. Vor allem konnte sich der Gesetzgeber nicht zu der von Arbeitgeberseite gewünschten Möglichkeit entschließen, anstelle von Bestandsschutz Abfindungsschutz zu vereinbaren. Die Einführung eines Abfindungsanspruchs durch § 1a KSchG im Jahr 2003 ist nicht viel mehr als Schaufenstergesetzgebung.

Mittlerweile ist es um den Kündigungsschutz ruhiger geworden. Das liegt allerdings nicht daran, dass die Unternehmer damit zufriedener wären. Es gibt durchaus Punkte, die der Praxis Sorgen bereiten, neben den hohen Beweisanforderungen etwa die Kündigung von sog. *low performern* und die vor einiger Zeit von der Rechtsprechung anerkannte Möglichkeit, einen Sozialplan mit teilweise exorbitanten Abfindungen tariflich zu regeln und sogar zu erstreiken²¹. Das Leben hat sich vielmehr seine Bahn gebrochen. Was sich nicht biegen lässt, das bricht. Die Funktion eines erleichterten Kündigungsrechts haben befristete Arbeitsverhältnisse, Dienst- und Werkverträge und Leiharbeitsverhältnisse übernommen. Das Ausweichen vor einer systemgerechten Regelung hat seinen Preis: die Spaltung der Belegschaften in Stamm- und Randbelegschaften. Es wäre interessant, die Entwicklung der Umgehungsinstrumente nachzuzeichnen: etwa bei den Werkverträgen die Verketterung als Scheinselbständigkeit

¹⁶ Bundesarbeitsgericht 26.10.1967, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 17 zu § 13 KSchG.

¹⁷ Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1987, S. 368.

¹⁸ Wirtschaftsbericht „Deutschland 2010“.

¹⁹ Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996, Bundesgesetzblatt I 1476.

²⁰ Bundesarbeitsgericht 12.04.2002, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 56 zu § 2 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

²¹ Bundesarbeitsgericht 24.04.2007, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, S. 987.

unter der Regierung von Schröder bis hin zu der Adellung als Ich-AGs unter derselben Regierung, bei befristeten Arbeitsverträgen die Auseinandersetzungen um Quisquilien wie die rechte Definition der Verlängerung bis zur Regelung der Vorbeschäftigung und die Einziehung einer Obergrenze für Befristungen durch die Rechtsprechung, bei der Leiharbeit vom Verbot mit der skurrilen Begründung, sie umgehe das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit, über die Kassierung dieser Regelung durch das Bundesverfassungsgericht, die vielen Novellierungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bis hin zu der Auseinandersetzung über das *equal-pay*-Prinzip und die dem zugrunde liegende Auseinandersetzung darüber, ob Leiharbeit nur der Flexibilisierung der Arbeitszeit oder auch der Senkung der Personalkosten dienen darf – auf Neudeutsch: nur *flexibility* oder *flexicurity*²². Aber das würde zu weit führen. So bedauerlich das Ausweichen vor einer systemgerechten Lösung rechtstheoretisch sein mag, vielleicht entspricht das Ergebnis doch einer List der Vernunft. Der rigide Kündigungsschutz gibt all denen, die einen unbefristeten Arbeitsvertrag haben – und das ist die weitaus größte Zahl der Arbeitnehmer – ein Gefühl der Sicherheit. Eine Lockerung des Kündigungsschutzes würde ihnen allen ein Stück Geborgenheit nehmen, und das in einer Welt, die mit ihrem raschen Wandel ohnedies nicht gerade das Gefühl der Sicherheit vermittelt. Den Randbelegschaften bleibt zumindest die Hoffnung, eines Tages ebenfalls einen sicheren Arbeitsplatz zu erwerben, und viele erwerben ihn ja auch.

III. INTERNE FLEXIBILITÄT

Die Spaltung in Stamm- und Randbelegschaften allein hätte aber nicht genügt, um den Unternehmen die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Flexibilität durch Personalanpassung hat zwei Nachteile: Die Unternehmen verlieren bei Entlassungen Kapazität, und ihnen entstehen bei Wiedereinstellungen beträchtliche Transaktionskosten. Neue Arbeitnehmer müssen erst wieder gewonnen und eingearbeitet werden. Diese Nachteile

²² S. dazu Hromadka, Fußnote 13, S. 585, insbesondere S. 588 et seq.

werden vermieden, wenn die Arbeitsbedingungen, insbesondere Entgelt und Arbeitszeit, selbst flexibel sind. Ein Jahrhundert lang hatte der Satz gegolten: Die Arbeitsbedingungen sind fix. Die Arbeitnehmer haben keine Gewinnchancen; dafür sollen sie auch nicht das Risiko von Verlusten tragen. Sie haben Anspruch auf ein vielleicht mäßiges, aber regelmäßiges Einkommen. Dass sie damit ein viel größeres Risiko eingingen, nämlich das des Arbeitsplatzverlustes, wurde wie ein Naturgesetz hingenommen. Das änderte sich, als immer mehr Arbeitsplätze auf dem Spiel standen. Jetzt drehte sich der Satz um in ein „Besser ein Arbeitsplatz zu schlechteren Bedingungen als kein Arbeitsplatz zu besseren“. Oder mit einem Schlagwort: „Lieber interne als externe Flexibilität“.

Es ist eine Ironie der Geschichte, dass der Umschwung ausgerechnet durch zwei Ereignisse kam, von denen man eigentlich das Gegenteil erwartet hatte: durch die Einführung der 35-Stunden-Woche in der Metallindustrie²³ und durch die Unterstellung des Arbeitsrechts unter das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)²⁴.

Für den Einstieg in die 35-Stunden-Woche im Jahr 1984 hatte die IG Metall einen Preis bezahlen müssen: die Differenzierung und Flexibilisierung der Arbeitszeit. Die Differenzierung betraf die Dauer – 13% der Arbeitnehmer durften weiter 40 Stunden arbeiten – die Flexibilisierung die Lage der Arbeitszeit. Die Arbeitszeit im Metallbereich konnte jetzt gleichmäßig oder ungleichmäßig auf fünf Werktage verteilt werden; die durchschnittliche Arbeitszeit musste erst im Durchschnitt von zwei Monaten erreicht werden. Und: Die Auslastung der betrieblichen Anlagen und Einrichtungen durfte aus Anlass der Neufestlegung der Arbeitszeit nicht verändert werden. Das war die von den Arbeitgebern angesichts immer kürzerer Arbeitszeiten und immer teurerer Betriebsmittel dringend benötigte Entkoppelung von Arbeits- und Betriebszeiten.

Was die Einbeziehung des Arbeitsrechts in die AGB-Kontrolle anbelangt, so hatte man allgemein befürchtet, dass der Arbeitgeber mit noch ein paar Zwirnsfäden mehr gebunden würde. Bei den

²³ Dazu ebenda, S. 585, 588.

²⁴ Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, Bundesgesetzblatt I 3138.

Hauptleistungspflichten – Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit – ist jedoch das Gegenteil eingetreten. Der Arbeitgeber kann weitgehende Versetzungsklauseln vereinbaren und Entgelt und Arbeitszeit in einem Korridor von 25%, wenn man Nebenleistungen einrechnet, sogar von 30% variabel gestalten²⁵. Hier haben die zuständigen Senate, allen voran der 5. Senat, wirklich Bahnbrechendes geleistet. Die Flexibilität hat gerade in der jüngst vergangenen Wirtschaftskrise gezeigt, was sie bewirken kann: Zeitweise Verkürzung der Wochenarbeitszeit, Abbau von Überstunden und nicht zuletzt das Instrument der Kurzarbeit haben verhindert, dass es in größerem Umfang zu Entlassungen kam²⁶. Allerdings half auch ein Mentalitätswandel bei den Arbeitgebern. Angesichts der demographischen Entwicklung haben sie eingearbeitete Fachkräfte gehortet.

Gäbe es nur das Individualarbeitsrecht, so könnte man alles in allem ein recht positives Fazit ziehen. Es gibt aber auch noch das kollektive Arbeitsrecht, und hier ist für die Wirtschaft weniger Erfreuliches zu berichten. Manche positive Entwicklung im Individualarbeitsrecht ist sogar konterkariert worden.

IV. FLEXIBILISIERUNG DES TARIFVERTRAGS

Klassisches Regelungsinstrument für Entgelt und Arbeitszeit ist in Deutschland der Tarifvertrag. Daran hat auch der Mitgliederschwund bei den Gewerkschaften nichts geändert. Der Tarifvertrag ist nach wie vor für etwa 80% der Arbeitnehmer das Maß aller Dinge. Für Tarifgebundene gilt er unmittelbar, nicht tarifgebundene Arbeitnehmer werden mit den organisierten durchweg gleichbehandelt, und sogar die Mehrzahl der nicht organisierten Arbeitgeber orientiert sich an den Tarifbedingungen.

Bis 1989/90 hatten Löhne und Arbeitszeit jeweils nur eine Richtung gekannt: die Löhne nach oben, die Arbeitszeit nach unten. Deutschland wurde zum Weltmeister in Sachen Arbeitskosten und Freizeit. Kanzler

²⁵ Bundesarbeitsgericht 12.01.2005, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, S. 465 (Entgelt); Bundesarbeitsgericht 7.12.2005, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2006, S. 423 (Arbeitszeit).

²⁶ Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2010, Ziff. 451.

Kohl sprach damals bei durchschnittlich 65 freien Tagen im Jahr, einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 36 1/2 Stunden und einem Pensionierungsalter von weniger als 59 Jahren von einer Urlaubsrepublik²⁷. In manchen Unternehmen gab es über 55jährige nur noch in den oberen Etagen. Die Folge: Deutschland übernahm den Titel „kranker Mann Europas“, der in den 70er Jahren die Briten „geschmückt“ hatte²⁸. Allen war klar, dass es so nicht weitergehen konnte. Die Krise kam mit dem Fall des Eisernen Vorhangs. Die Grenzöffnung brachte statt der erhofften riesigen Märkte Scharen hungriger Mitbewerber – dank der neuen Kommunikationstechniken bis hin nach Fernost – die ihre Leistungen zu konkurrenzlos niedrigen Preisen anboten. Die neu gegründete Europäische Währungsunion stärkte überdies die Wettbewerbsfähigkeit der anderen Mitglieder des Euro-Raums; sie egalisierte den deutschen Zinsvorteil. Inzwischen wissen wir, dass das Geschenk des billigen Geldes nicht nur für Investitionen genutzt wurde.

Die deutschen Unternehmen wurden wieder an die alte Weisheit erinnert, dass man, wenn man verkaufen will, entweder besser sein muss als die anderen oder billiger. Da sich neue Produkte nicht einfach aus dem Ärmel schütteln lassen, ging es an die Kosten, und dazu gehören nicht zuletzt die Lohnkosten. Das deutsche Arbeitsrecht ist nicht sehr änderungsfreundlich. Ein kollektives Änderungsinstrument gab es seit dem Verdikt des Großen Senats im Jahr 1986 über die ablösende Betriebsvereinbarung nicht mehr²⁹, und die gängige Einschätzung „Änderungskündigung ist schwerer als kündigen“ trifft zwar nicht zu³⁰, zur Absenkung des Entgelts ist die Änderungskündigung aber eigentlich nicht gedacht. An Änderungs vorbehalten in den Verträgen fehlte es weithin; man war ja lange davon ausgegangen, dass es aufwärts ging. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte sind erst in der Krise und im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform richtig in Mode

²⁷ Böenkamp, Fußnote 9, S. 349, 354.

²⁸ Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1995, S. 372.

²⁹ Bundesarbeitsgericht, Großer Senat 16.09.1986, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1987, S. 168; s. jetzt aber wieder: Bundesarbeitsgericht 5.03.2013, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2013, S. 916 (mit einer anderen rechtlichen Konstruktion).

³⁰ W. Hromadka, *Änderungskündigungen – wirklich schwerer als kündigen?*, Arbeit und Arbeitsrecht 2004, S. 16.

gekommen. Dennoch gelang in den meisten Fällen die Rückführung von Leistungen. Den Arbeitnehmern war der Arbeitsplatz lieber als über- und außertarifliche Leistungen auf einem Papier, das für sie nicht mehr galt.

Dann aber stieß man auf ein schier unüberwindliches Hindernis: den Tarifvertrag. Eigentlich hätte es einer Parallelverschiebung der Tarifbedingungen nach unten bedurft³¹. Aber dazu waren die Gewerkschaften nicht bereit; in den neuen Bundesländern wurde sogar noch eine stufenweise Angleichung an die Arbeitsbedingungen von Deutschland West vereinbart. So mussten die Betriebe sich selbst helfen. Und sie taten es: durch Rationalisierung, Ausgliederung von Betriebsteilen, Fremdvergabe, Personalabbau, Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland und Betriebsschließung. Es kam zu einer Vielzahl von Verbandsaustritten, aus Arbeitgeberverbänden wie aus den Gewerkschaften. Nach der reinen Lehre wären nun eigentlich Angriffsaussperrungen das Mittel der Wahl gewesen, um die Tarifentgelte wieder an die tatsächlichen Verhältnisse anzupassen. Dazu kam es aber nicht. Den Unternehmen hätten Arbeitskämpfe bei dem globalen Wettbewerb noch mehr Verluste gebracht, und der konsensorientierten deutschen Gesellschaft hätte wohl auch das Verständnis für solche Auseinandersetzungen gefehlt.

Damit wäre nun eigentlich der Gesetzgeber am Zuge gewesen. Die größte Hebelwirkung hätte es gehabt, wenn er im Fall einer Notlage eine Abweichung von tariflichen Regelungen zugelassen hätte. Vorschläge für gesetzliche Öffnungsklauseln wurden in Hülle und Fülle gemacht: von der Monopolkommission³², vom Sachverständigenrat³³, vom Deutschen Juristentag³⁴, aus der Wissenschaft³⁵. Die Varianten sind

³¹ S. dazu Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1995, S. 372.

³² Monopolkommission, Zehntes Hauptgutachten 1992/1993, Drucksachen des Deutschen Bundestages 12/8323 Rn. 936 et seq., 946.

³³ Z.B. Sachverständigenrat zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1996, Ziff. 324 et seq.; 2002 Ziff. 354, 466; 2008 Ziff. 28, 563.

³⁴ Beschluss Nr. 3 des 61. Deutschen Juristentags, 1996, [abgedruckt in:] *Beschlüsse des 61. Deutschen Juristentages Karlsruhe 1996 – Abteilung Arbeitsrecht*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, S. 1277.

³⁵ S. die Zitate bei W. Hromadka, *Mehr Flexibilität für die Betriebe – Ein Gesetzesvorschlag*, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, S. 1233 Fn. 2.

kaum übersehbar. Über die Drohung mit gesetzlichen Öffnungsklauseln, wenn es nicht zu tariflichen komme, in der Regierungserklärung von Kanzler Schröder im Jahr 2003³⁶ und die müde Erklärung des Vermittlungsausschusses im Jahr 2004, dass er von den Tarifparteien „binnen Jahresfrist eine neue Balance von Regelungen auf tariflicher und betrieblicher Ebene erwarte“³⁷, hinaus geschah jedoch nichts. Immerhin führte das Damoklesschwert einer gesetzlichen Öffnungsklausel, mehr aber sicher noch die grassierende Tarif- und Verbandsflucht dazu, dass sich die Verbände allmählich zu tariflichen Öffnungsklauseln bequemen.

Aber auch die Rechtsprechung, die sich sonst so gern als Ersatzgesetzgeber sieht, versagte ihre helfende Hand. Adomeit hatte schon 1984 das Stichwort geliefert: In seinem berühmten Aufsatz „Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden“³⁸ hatte er vorgeschlagen, den Arbeitsplatz gegen die Arbeitsbedingungen abzuwägen: besser ein Arbeitsplatz zu schlechteren als kein Arbeitsplatz zu besseren Bedingungen. So viel sich rechtstheoretisch dagegen einwenden lässt, es wäre Hilfe in der Not gewesen.

Auch einen anderen Ball, der ihr zugespielt wurde, griff die Rechtsprechung nicht auf. Der 61. Deutsche Juristentag hatte 1996 gefordert: „Die Rechtsprechung sollte anerkennen, dass es allein Sache der Arbeitsvertragsparteien ist, den zeitlichen Umfang der Arbeits- und Beschäftigungspflicht festzulegen“³⁹. Das entsprach der herrschenden Lehre⁴⁰, die tarifliche Höchstarbeitszeiten zur Milderung der Arbeitslosigkeit – das war seinerzeit die Begründung der Gewerkschaften – für unzulässig hielt. Niemandem ist einsichtig zu machen, dass ein Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber

³⁶ Institut der deutschen Wirtschaft, Köln, Trends 2010, Nr. 1, S. 78.

³⁷ S. auch „Regierungsprogramm 2002-2006“ der CDU/CSU, S. 12, [abgedruckt in:] *Arbeitsrecht im Betrieb* 2002, S. 393, 394; Gesetzentwurf der FDP, Drucksachen des Deutschen Bundestages (BTDRs.) 14/6548.

³⁸ K. Adomeit, *Das Günstigkeitsprinzip – neu verstanden*, Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 26.

³⁹ Abgedruckt in: *Beschlüsse des 61. Deutschen Juristentages Karlsruhe 1996 – Abteilung Arbeitsrecht*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, S. 1277, 1278 (Beschluss Nr. 11); dazu W. Hromadka, *Bündnisse für Arbeit – Angriff auf die Tarifautonomie?*, *Der Betrieb* 2003, S. 43.

⁴⁰ Nachweise bei W. Hromadka, *Privat- versus Tarifautonomie – Ein Beitrag zur Arbeitszeitdiskussion*, *Der Betrieb* 1992, S. 1042 Fn. 1.

zu vielleicht viel schlechterem Lohn bis zur Grenze des Arbeitszeitrechts Nebentätigkeiten verrichten kann, bei seinem eigenen Arbeitgeber aber nach 35 oder 38 Stunden den Hammer oder den Griffel niederlegen soll. Immerhin hätte der 1. Senat eine längere als die tarifliche Arbeitszeit wohl als günstiger befunden, wenn dem Arbeitnehmer ein Rückkehrrecht zur tariflichen Arbeitszeit eingeräumt wurde⁴¹. Die Klage wurde aber zurückgenommen, und später blieb der 1. Senat wortlos bei seiner verstaubten Rechtsprechung.

Da es innerhalb der geltenden Rechtsordnung also keine Abhilfe gab, kam es in großem Umfang zum Rechtsbruch. Die Unternehmen vereinbarten mit ihren Betriebsräten und/oder nach Abstimmung in der Belegschaft sog. Bündnisse für Arbeit mit untertariflichen Arbeitsbedingungen: Absenkung der Löhne, Verringerung der Arbeitszeit ohne oder ohne vollen Lohnausgleich, in der Regel gegen Zusicherung der zumindest teilweisen oder zeitweisen Erhaltung von Arbeitsplätzen⁴². Die Gewerkschaften liefen dagegen Sturm und hatten beim BAG Erfolg: Sie errangen den Unterlassungsanspruch, zu dem der Gesetzgeber sich nicht hatte entschließen können⁴³; ein eher zweifelhafter Erfolg: aus rechtlicher Sicht, weil es dafür keine Grundlage gab, und tatsächlich, weil die Gewerkschaften, wenn sie ihn geltend machten, Arbeitsplätze gefährdeten und damit Betriebsräte und Belegschaften gegen sich aufbrachten. So wurde allmählich aus dem Widerstand ein Wegschauen und schließlich die Bereitschaft, Öffnungsklauseln in die Tarifverträge aufzunehmen. Inzwischen sind tarifliche Öffnungsklauseln sozusagen Stand der Technik, und man kann ohne Übertreibung sagen: Sie haben dem Flächentarifvertrag, wie der Verbandstarifvertrag seit einigen Jahren abwertend genannt wird, das Leben gerettet.

Auch hier könnte man sagen: Soweit, so gut. Das Problem ist nur, dass es keine Lösung für Notfälle gibt. Die Arbeitgeber sind auf den guten

⁴¹ In der Revisionsverhandlung über das Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 14.06.1989, *Der Betrieb* 1989, S. 2029.

⁴² Nach einer Umfrage des ifo-Instituts fühlten sich 1996 47% der Unternehmen nicht mehr an die Tarifvereinbarungen gebunden; G.A. Ritter, *Der Preis der deutschen Einheit*, München: C.H. Beck 2006, S. 316 et seq.

⁴³ Bundesarbeitsgericht 20.04.1999, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1999, S. 887.

Willen der Gewerkschaften angewiesen, und die Gewerkschaften haben sich in der großen Krise der 90er Jahre nicht gerade flexibel gezeigt.

V. NEUE PROBLEME

1. UNTERSTÜTZUNGSSTREIK UND FLASH MOB

So viel zu den sozusagen ererbten klassischen Problemen. Das Leben geht aber weiter, und es wäre schon ein Wunder, wenn sich damit nicht auch wieder neue Probleme auftäten.

Immer wieder hört man: Die Arbeitgeber sind selbst schuld, wenn sie Tarifbedingungen vereinbaren, die sie nachher nicht einhalten können. Wer so argumentiert, übersieht, dass zu einem Vertrag immer zwei gehören. Die Gewerkschaften sind keine einfachen Verhandlungspartner. Funktionäre müssen schon zur Selbsterhaltung beweisen, dass sie ihr Geld wert sind. Mit dem Streik steht ihnen ein Mittel zur Verfügung, dem die Arbeitgeber unter den heutigen Produktionsbedingungen wenig entgegenzusetzen haben. Es kommt nicht von ungefähr, dass Arbeitgeber immer wieder nachgeben und dann in der einen oder anderen Form ausweichen. Mit der Zulassung von Unterstützungstreik⁴⁴ und *flashmob*⁴⁵ als neuen Arbeitskampfformen hat das BAG sozusagen noch draufgesattelt. Bisher hatte das BAG für Streiks aus ihrer Funktion als Notventil für die Tarifautonomie einen festen Rahmen abgeleitet: Die Rechtmäßigkeit eines Streiks setzte voraus, dass Arbeitnehmer unter Führung einer Gewerkschaft zur Durchsetzung oder zur Erhaltung ihrer Arbeitsbedingungen die Arbeit niederlegten. Jetzt sollen beispielsweise auch die Fluglotsen für die Vorfeldmitarbeiter oder die Pfleger für die Ärzte in einem ganz anderen Krankenhaus kämpfen können, obwohl ihr Arbeitgeber die Forderungen gar nicht erfüllen kann. Und es soll zulässig sein, dass eine Gewerkschaft über Internet dazu aufruft, in einem Supermarkt den Betrieb zu stören, indem beispielsweise Waren in einen Einkaufskorb gelegt und dann stehengelassen werden; die Mitarbeiter, die vielleicht gar nicht streiken wollen, dürfen dann

⁴⁴ Bundesarbeitsgericht 19.06.2007, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, S. 1055.

⁴⁵ Bundesarbeitsgericht 22.09.2009, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2009, S. 1347.

aufräumen. Der Versuch der Rechtsprechung, die Durchsetzungsfähigkeit der Gewerkschaften künstlich zu stärken, führt nur zur Zementierung überholter Strukturen. Auch für die Gewerkschaften ist der Markt der beste Indikator dafür, ob sie die Interessen ihrer Mitglieder richtig wahrnehmen. Sie müssen durch ihre Tarifpolitik überzeugen. Wenn ihnen Mitglieder weglafen, dann machen sie etwas falsch. Es ist nicht anders als bei den Parteien und bei den Kirchen. Auch die gewinnen keine neuen Mitglieder durch noch so schöne Events.

2. SPARTENGEWERKSCHAFTEN UND TARIFPLURALITÄT

Einen Dienst der besonderen Art hat der 4. Senat des BAG, der sogenannte Tarifsenaat, der Tarifautonomie erwiesen. Er hat vor zwei Jahren einen Grundsatz aufgegeben, der schon in der Weimarer Zeit gegolten hatte, den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb⁴⁶. Dieser Grundsatz besagt, dass in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag gelten kann, es sei denn, der Tarifvertrag nimmt Arbeitnehmer – etwa die leitenden Angestellten – von seinem persönlichen Geltungsbereich aus. Allerdings konnten andere Gewerkschaften auch für die Arbeitnehmer, die in den fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des anwendbaren Tarifvertrags fielen, Tarifverträge vereinbaren, und sie konnten nach der Rechtsprechung dafür sogar streiken⁴⁷. Kam es zu einem zweiten Tarifvertrag, so galt jedoch nur der speziellere, das heißt der, der dem Betrieb fachlich, räumlich und persönlich am nächsten stand und der deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der dort tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wurde⁴⁸. Ein Bezirkstarifvertrag ging also einem Bundestarifvertrag vor, ein Unternehmenstarifvertrag einem Verbandstarifvertrag („Flächentarifvertrag“). Der Grundsatz, dass ein sachnäherer einen sachferneren Tarifvertrag verdrängt, galt nicht für Tarifverträge,

⁴⁶ Bundesarbeitsgericht 27.01.2010, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, S. 645; Bundesarbeitsgericht 7.07.2010, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2010, S. 1068.

⁴⁷ Bundesarbeitsgericht 20.03.1991, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

⁴⁸ Bundesarbeitsgericht 15.11.2006, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, S. 448; Bundesarbeitsgericht 20.03.1991, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

die nur eine Berufs- oder Funktionsgruppe betrafen, also für Tarifverträge der heute so genannten Spartengewerkschaften. Der dahinter stehende Gedanke: Tarifverträge, die für den gesamten Betrieb gelten, sind viel eher geeignet, die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit sicherzustellen, als Tarifverträge mit Gewerkschaften, die nur einzelne Berufsgruppen vertreten. Ein Tarifvertrag der Gewerkschaft der Lokführer (GdL) konnte also beispielsweise nicht den Tarifvertrag der Deutsche Bahn AG mit der TRANSNET⁴⁹ verdrängen, die alle Eisenbahner vertritt. Das sicherte den Unternehmen die Möglichkeit, eine einheitliche Personal- und Sozialpolitik für die gesamte Belegschaft zu betreiben, und es nahm den Arbeitnehmern den Anreiz, sich in kleineren Gewerkschaften zu organisieren. Folge war allerdings, dass die Mitglieder der Gewerkschaften, deren Tarifvertrag verdrängt wurde, ihren tariflichen Schutz verloren. In der Praxis wirkte sich letzteres kaum aus, weil in der Regel mit allen Arbeitnehmern des Betriebs durch sog. Bezugnahmeklauseln vereinbart wurde (und wird), dass (auch) für sie die Bestimmungen des anwendbaren Tarifvertrags gelten.

Der 4. Senat hat nun durch den Grundsatz der Tarifeinheit die individuelle wie die kollektive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz) verletzt gesehen. In die kollektive Koalitionsfreiheit werde durch die Verdrängung eines geltenden Tarifvertrags eingegriffen, in die individuelle dadurch, dass die Mitglieder nicht den Schutz der Tarifverträge ihrer Gewerkschaft in Anspruch nehmen könnten. Der Senat hat sogar offen gelassen, ob der Gesetzgeber überhaupt in der Lage wäre, durch einfaches Gesetz den Grundsatz der Tarifeinheit wiederherzustellen.

Das Urteil öffnet gleich zwei Schleusen: Es gilt nicht mehr nur der speziellere Tarifvertrag, Tarifverträge von zwei oder mehr Gewerkschaften gelten nunmehr nebeneinander. Und: Das gilt auch für Tarifverträge von Spartengewerkschaften, die bisher praktisch keine Chance auf Anwendung hatten. Es bedarf keiner näheren Ausführungen, dass das den bestehenden Spartengewerkschaften – Marburger Bund (Ärzte), Gewerkschaft Deutscher Lokführer, UFO, Vereinigung Cockpit (Piloten) – einen ungeheuren Auftrieb gegeben hat und dass damit

⁴⁹ Jetzt Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG).

zugleich ein großer Anreiz geschaffen wurde, neue Spartengewerkschaften zu gründen.

Inzwischen fühlt man sich manchmal an Großbritannien vor den Reformen von Margaret Thatcher erinnert. 1968 hat es etwa bei British Leyland nicht weniger als 246 Gewerkschaften gegeben, die – jede für sich – immer dann streiken konnten, wenn sie ihren Tarifvertrag für unfair hielten⁵⁰. Seit 1999 gilt in Großbritannien der Employment Relations Act (ERA)⁵¹, der den Grundsatz der Tarifeinheit in der Verhandlungseinheit (*bargaining unit*) festschreibt. Grundsätzlich kann jetzt nur eine Gewerkschaft in einer Verhandlungseinheit einen Tarifvertrag abschließen.

Mit der Entscheidung des BAG hat die Praxis ein Problem. Sie steht in Gefahr, mit ständigen Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen überzogen zu werden. Die Gewerkschaften von Piloten, Flugbegleitern, Vorfeldmitarbeitern, Fluglotsen, Sicherheitspersonal, Technikern, Feuerwehrleuten, Mitarbeitern von Caterern, um nur einige der auf einem Flughafen beschäftigten in eigenen Gewerkschaften organisierten Gruppen zu nennen, können zu den unterschiedlichsten Zeiten Forderungen stellen und für ihre Forderungen streiken. Der 4. Senat hat diese Gefahr natürlich gesehen. Er hat sie aber mit dünnen Worten abgetan: Bei den vorgetragenen Besorgnissen handle sich um solche des Arbeitskampfrechts, die auch in diesem Bereich zu lösen seien. Damit hat er die Last der Anpassung von sich abgewälzt, denn für den Arbeitskampf ist nicht er zuständig, sondern der 1. Senat. Der hat gerade, wie gesagt, Unterstützungsstreiks als zulässig angesehen. Das macht Arbeitskämpfe von Spartengewerkschaften besonders brisant. Die Gewerkschaft der Vorfeldmitarbeiter hat das bei ihrem Streik gegen die Fraport, die Betreiberin des Rhein-Main-Flughafens in Frankfurt am Main, im Februar 2012 sofort erkannt und zu nutzen versucht. Einige wenige Fluglotsen, die ebenfalls in der Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) organisiert sind, sollten den Streik der Vorfeldmitarbeiter, dem die Fraport mit Hilfe arbeitswilliger

⁵⁰ K.-H. Naßmacher, H. Naßmacher, *Nachhaltige Wirtschaftspolitik in der parlamentarischen Demokratie*, Wiesbaden: Springer 2009, S. 113.

⁵¹ Der ERA vom 27.07.1999 ergänzt den Trade Union and Labour Relations Act vom 16.07.1992; dazu W. Hromadka, *Tarifeinheit bei Tarifpluralität*, [in:] A. Söllner et al, *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, München: C.H. Beck 2004, S. 383, 388 et seq.

Arbeitnehmer die Spitze abgebrochen hatte, wirkungsmächtig unterstützen. Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat das Vorhaben der GdF konterkariert; es hat den Streik für unverhältnismäßig erklärt. Verhältnismäßigkeit ist nach der neueren Rechtsprechung jetzt die einzige Schranke für einen Arbeitskampf⁵². Damit war zwar der Fall entschieden, das Problem ist aber nicht gelöst. Wann ist ein Streik unverhältnismäßig? Wenn er in keinem Verhältnis zu der Forderung steht? Eine solche Prüfung gerät in gefährliche Nähe zu einer (unzulässigen) Tarifizensur. Wenn die Allgemeinheit besonders betroffen ist? Das führt zu ungleichen Bedingungen in den einzelnen Branchen. Vor allem aber verführt der Begriff der Verhältnismäßigkeit zu einer Einzelfallprüfung, die den Tarifparteien jede Rechtssicherheit nimmt. Ein weiteres zentrales Problem, das durch die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit entstanden ist, hat das BAG nicht angesprochen: nämlich wie die Unternehmen angesichts unterschiedlicher Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften künftig eine auf rationalen Kriterien beruhende Sozialpolitik aus einem Guss sollen treiben können.

Die erste Reaktion auf die Entscheidung des BAG war ein gemeinsamer Vorschlag der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB), der die Wiederherstellung des Grundsatzes der Tarifeinheit zum Ziel hatte: „Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/Tarifpluralität), so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist (...). Für die Laufzeit des nach diesem Grundsatz im Betrieb anwendbaren Tarifvertrages gilt (...) die Friedenspflicht“⁵³.

Nach diesem Entwurf würden die Großgewerkschaften noch mehr begünstigt als zuvor, denn eine Tarifikollision würde nicht mehr nach dem Grundsatz der Spezialität aufgelöst, sondern nach dem Mehrheitsprinzip. Nach dem Spezialitätsgrundsatz hatten auch kleinere Gewerkschaften, die nach ihrer Satzung für die Belegschaft des gesamten Betriebs zuständig

⁵² Bundesarbeitsgericht 19.06.2007, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, S. 1055.

⁵³ Abgedruckt in: Recht der Arbeit 2010, S. 315.

waren, wie der Christliche Gewerkschaftsbund (CGB), ihre Chance. Der Entwurf nähme diesen Gewerkschaften überdies das Streikrecht, das ihnen bislang zustand.

Eine Lösung zu finden, die allen Beteiligten gerecht wird, wird nicht leicht sein. Alle Gewerkschaften sollen gleichberechtigt Tarifpolitik betreiben dürfen. Gleichzeitig sollen Arbeitgeber aber vor ständigen Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen bewahrt werden, und das Ergebnis der Tarifverhandlungen soll einer sinnvollen, an Sachkriterien orientierten Entgeltpolitik nicht im Wege stehen. Das ist fast die Quadratur des Kreises. Der amerikanische und der britische Gesetzgeber haben dazu umfangreiche Gesetze benötigt. Allein der Anhang zum britischen Employment Relations Act, der sich mit der Ermittlung der Verhandlungseinheit und der zuständigen Gewerkschaft beschäftigt, hat nicht weniger als 172 Paragraphen. Man fragt sich, ob die Rechtsprechung eine Entscheidung mit so weitreichenden Konsequenzen nicht dem Gesetzgeber hätte überlassen sollen.

Inzwischen befasst sich die juristische Literatur intensiv mit diesen Konsequenzen. Wie komplex die Materie ist, zeigt eine jüngst erschienene Dissertation⁵⁴. Sie zählt über 700 Seiten. Eine allseits befriedigende Alternative zu dem Grundsatz der Tarifeinheit hat noch niemand gefunden. Die meisten Autoren setzen, dem BAG folgend, am Arbeitskämpfrecht an. Sie versuchen – mit gewissen Modifikationen – die Tarifverhandlungen und damit auch eventuelle Arbeitskämpfe zu synchronisieren. Abgesehen davon, dass Laufzeiten keine Formalie sind, sondern über die Höhe eines Tarifabschlusses mitentscheiden, wirft das eine Fülle von Folgefragen auf. Außerdem bleibt die für die Unternehmen zentrale Frage, wie man bei unterschiedlichen Tarifergebnissen eine einheitliche, auf Sachkriterien beruhende Entgeltpolitik betreiben können soll. Eine gute Software, wie manche meinen⁵⁵, reicht dafür jedenfalls nicht aus.

⁵⁴ B. Schmidt, *Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung*, Berlin: Duncker & Humblot 2011 (Diss. Bochum).

⁵⁵ U. Wendeling-Schröder, *Ein oder mehrere Tarifverträge im Betrieb*, Arbeit und Recht 2000, S. 339, 341 („EDV“); Bayreuther, *Tarifpluralitäten und – konkurrenzen im Betrieb – Zur Zukunft des Grundsatzes der Tarifeinheit*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, S. 187, 188 („moderne Informationsgesellschaft“).

Der Sache nach geht es um Verteilungskämpfe der Arbeitnehmer untereinander, die bisher im Schoße der Großgewerkschaften ausgetragen oder – darauf deuten die Neugründungen hin – eben auch nicht ausgetragen wurden. Ver.di hat 2,2 Millionen Mitglieder aus 1.000 Berufen. Es kann nicht angehen, dass die Auseinandersetzungen auf dem Rücken der Unternehmen und letztlich der Allgemeinheit ausgetragen werden. Die Lösung muss da gefunden werden, wo das Problem liegt: im Verhältnis der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder zueinander.

Mir schiene es am besten, wenn man zu dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb zurückkehrte und der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag nach dem Grundsatz der Spezialität nicht anwendbar wäre, das Recht gäbe, sich an den Tarifverhandlungen der Gewerkschaft, deren Tarifvertrag anwendbar wäre, unmittelbar oder mittelbar über den Arbeitgeber zu beteiligen. Einem eventuellen Arbeitskampf sollte ein Schlichtungsverfahren vorausgehen, in dem die Minderheitsgewerkschaften mitwirken können. Ihre Mitglieder sollten Anspruch auf die Leistungen haben, die die obsiegende Gewerkschaft letztlich aushandelt⁵⁶. Bei der Schlichtung in der Tarifaueinandersetzung bei der Bahn war es im Jahr 2003 letztlich nur dadurch zu einem Ergebnis gekommen, dass nicht mehr zwischen der Bahn und den Gewerkschaften, sondern zwischen den drei beteiligten Gewerkschaften vermittelt wurde.

Es war kein Kunststück, den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb aufzugeben. Es wird aber viel Mühe kosten, eine bessere oder auch nur eine gleich gute Lösung zu finden. CDU/CSU und SPD wollen in dieser Legislaturperiode zu dem Grundsatz der Tarifeinheit zurückkehren; einen Gesetzentwurf gibt es aber noch nicht (April 2014). Der Gesetzgeber ist um seine Aufgabe nicht zu beneiden.

3. MITBESTIMMUNG BEIM ENTGELT

Zu einer zweiten Hürde, die die Rechtsprechung vor dem Genuss der wiedergewonnenen Freiheit im Arbeitsvertragsrecht aufgebaut hat, nur ein Wort. Es ist die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Absenkung

⁵⁶ W. Hromadka, *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifkollision*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008, S. 384.

einzelner Entgeltbestandteile. Hier hat das BAG *de facto* eine Mitbestimmung bei der Höhe des Entgelts eingeführt, die das Betriebsverfassungsgesetz gerade nicht vorsieht (§ 87 Abs. 1 Nr. 10)⁵⁷.

VI. FAZIT

Zurück zur Ausgangsfrage: „Sind die Unternehmen mit dem deutschen Arbeitsrecht global wettbewerbsfähig?“ Die Antwort fällt differenziert aus. Das Individualarbeitsrecht lässt den Unternehmen im großen Ganzen die nötige Luft zum Atmen. Beim Kündigungsrecht könnte man sich durchaus die eine oder andere Erleichterung für die Unternehmen vorstellen, ohne dass dadurch ein sachgerechter Schutz der Arbeitnehmer beeinträchtigt würde. Die Unternehmer können aber damit leben, weil ihnen Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Die Gefahr liegt eher darin, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung diese Auswege verlegen. Es sei nur an die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Gewerkschaftseigenschaft der Christlichen Gewerkschaft für Zeitarbeit und PersonalService-Agenturen (CGZP) erinnert⁵⁸. Und an die eher populistischen als von Sachlogik geprägten Bemühungen des Gesetzgebers, Leiharbeit und Werkvertrag zu regulieren. Am Beispiel der Leiharbeit: Leiharbeit gibt es in zwei Varianten. Nach dem französischen Modell, das dem Europarecht als Muster diente, sucht ein Verleiher für einen konkreten Auftrag einen Arbeitnehmer. Dieser Arbeitnehmer wird befristet für den Auftrag eingestellt, er ist Zeitarbeitnehmer; zu Recht sprechen die Franzosen von *travail temporaire*. Es ist nur logisch, dass er wie jeder andere befristet Beschäftigte dasselbe Entgelt erhält wie die übrigen Beschäftigten des Auftraggebers – *equal pay*. Nach dem deutschen Modell⁵⁹ hat er einen unbefristeten Vertrag mit dem Verleiher. Der Verleiher kann ihn dafür an beliebig viele Auftragnehmer ausleihen. Hier entspricht es der Logik, dass er von seinem Arbeitgeber für alle Tätigkeiten dasselbe Entgelt erhält.

⁵⁷ Dazu ausführlich H. Reichold, *Notwendige Mitbestimmung als neue „Anspruchsgrundlage“?*, [in:] B. Dauner-Lieb, P. Hommelhoff, M. Jacobs (Hrsg.), *Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, S. 763.

⁵⁸ Bundesarbeitsgericht 14.12.2010, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2011, S. 289.

⁵⁹ S. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz i.d.F. vom 3.02.1995, Bundesgesetzblatt I S. 158.

Es ist Sache der Gewerkschaften, den angemessenen Lohn auszuhandeln (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz). Der deutsche Gesetzgeber will nun beides: dem Arbeitnehmer ein konstantes Einkommen verschaffen (§ 11 Abs. 4 S. 2 AÜG), die Ausleihe an einen Auftraggeber befristen (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG) und den Leiharbeiter möglichst auch noch nach dem *equal-pay*-Grundsatz entlohnen (§ 10 Abs. 4 S. 1 AÜG). Leider geben Arbeitgeber selbst immer wieder Anlass zum Eingreifen, und leider ist auch die öffentliche Hand nicht ohne Fehl. Zu denken ist etwa an die Kettenbefristungen bei Lehrern mit weniger guten Abschlussnoten. Dennoch muss man den Gesetzgeber daran erinnern, dass der Druck auf den Damm umso größer wird, je mehr man die Überlaufrinnen versperrt, konkret: dass der Ruf nach einer Lockerung des Kündigungsschutzes lauter wird, je stärker befristete Arbeitsverträge, Leiharbeit und Werkverträge reguliert werden.

Das Hauptproblem liegt aber zur Zeit im kollektiven Arbeitsrecht. Hier droht die Rechtsprechung den Arbeitgebern die Flexibilität zu nehmen, die sie im Individualarbeitsrecht haben. Der beklagten Starrheit unseres Arbeitsrechtssystem gegenzurechnen ist ein Posten, der sich in Heller und Pfennig nicht ausdrücken lässt: der soziale Friede. Deutschland gehört nach wie vor zu den streikärmsten Ländern der Welt, und das Betriebsklima in den allermeisten Unternehmen kann sich sehen lassen. Unsere Betriebsverfassung ist – bei aller möglichen Kritik an dem einen oder anderen Punkt – ein ausgesprochener Aktivposten. Mit der Verpflichtung zur Zusammenarbeit entspricht sie genau den Bedürfnissen einer auf Kooperation angelegten Unternehmensführung. *Fraenkel* hat einmal gesagt, die deutsche Betriebsverfassung habe dem Staatstyp der westlichen Demokratie den Gedanken der sozialen Geborgenheit hinzugefügt⁶⁰. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Neue Wolken am Horizont tun sich mit dem Mindestlohn auf. Die ökonomischen Implikationen des Mindestlohns sind bekannt: Ist er zu niedrig, so ist er wirkungslos; ist er zu hoch, dann vernichtet er Arbeitsplätze. Geplant ist ein Mindestlohn in Höhe von 8.50 Euro ab 01.01.2015 für alle, das heißt ohne Differenzierung nach Branchen

⁶⁰ E. Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer 1968, S. 32, 33.

und Regionen. Ausgenommen sein sollen nur Arbeitnehmer ohne Berufsausbildung unter 18, um ihnen nicht den Anreiz zu einer Ausbildung zu nehmen, und Langzeitarbeitslose in den ersten 6 Monaten ihrer Tätigkeit, sofern ihr Entgelt durch Transferleistungen entsprechend aufgestockt wird. Der Mindestlohn soll jährlich durch eine Kommission angepasst werden, die aus einem Vorsitzenden, je 3 Vertretern von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften sowie 2 beratenden Mitgliedern aus der Wissenschaft besteht⁶¹. Dem Entwurf wird – abgesehen von den grundsätzlichen ordnungspolitischen Bedenken – vorgehalten, dass die Ausnahmen nicht ausreichen: Das Mindestalter müsse auf 21 Jahre erhöht werden, weil das Durchschnittsalter für den Beginn einer Berufsausbildung heute bei 19,8 Jahren liegt, Pensionäre müssten ganz von der Regelung ausgenommen werden, die Ausnahme für Langzeitarbeitslose müsse erweitert werden. Schon im Vorfeld gibt es Anzeichen dafür, dass sich die Gewerkschaften zu höheren Tarifforderungen veranlasst sehen, um sich in ihren Tarifverträgen vom Mindestlohn abzugrenzen.

Eine naheliegende, mit der Wettbewerbsfähigkeit zusammenhängende Frage, nämlich wie sich das Arbeitsrecht auf den Arbeitsmarkt auswirkt, kann hier nur gestreift werden. *Cum grano salis* gilt dasselbe wie für die Wettbewerbsfähigkeit: Wettbewerbsfähige Unternehmen brauchen Arbeitnehmer. Und doch kann der Zustand des Arbeitsrechts die gegenwärtige Konjunktur am Arbeitsmarkt nicht erklären, denn das Arbeitsrecht hat sich in den letzten Jahren nicht signifikant geändert. Hier zeigt sich, dass das Arbeitsrecht eben nur ein Datum in einem Datenkranz ist. Wenn man Einflussfaktoren dingfest machen will, dann wird man vor allem an zwei denken: Das ist zum einen die „Agenda 2010“, die den Anreiz zum Arbeiten verstärkt hat, und zum anderen der Euro. Ins kollektive Gedächtnis eingeprägt hat sich von den vier „Hartz-Gesetzen“ aus dem Jahr 2003 vor allem das vierte, Hartz IV, das Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe zum Arbeitslosengeld II zusammengeführt und die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes auf 18 Monate begrenzt hat. Zur Agenda 2010 gehörten aber auch

⁶¹ Zum Vorstehenden Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohnes, Referentenentwurf der Bundesregierung, 2014.

die Liberalisierung der Leiharbeit, die Regulierung von Mini- und Midi-Jobs und die Ich-AG. Die Auswirkung dieser Gesetze auf den heutigen Arbeitsmarkt sollte man allerdings auch nicht überschätzen, zumal wir unter der Regierung Merkel, wenn man von der Heraufsetzung der Altersgrenze im Laufe der nächsten 15 Jahre auf 67 absieht, eher eine schleichende Erosion der liberalen Ansätze aus der Zeit der Regierung Schröder erleben. Selbst bei der Altergrenze sind schon wieder Abstriche vorgesehen; Arbeitnehmer mit 65 Beitragsjahren sollen mit 63 Jahren in Rente gehen können. Der Euro hat die ohne ihn längst fällige Aufwertung der deutschen Währung verhindert, und er hat unseren Partnerländern die Möglichkeit genommen abzuwerten. Der Vorteil niedriger Zinsen hat sie leider dazu verleitet, Schulden zu machen, statt die Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu verbessern. Das Ergebnis ist Arbeitslosigkeit in Südeuropa und eine gewisse Beschäftigungsblase in Deutschland. Unsere Partner exportieren sozusagen Arbeitsplätze. Es ist nur folgerichtig, dass jetzt Spanier und Griechen nach Deutschland kommen, um hier Arbeiten zu verrichten, die sie unter günstigeren Umständen in ihrem Heimatland verrichten könnten.

Wieder eine andere Frage ist es, ob der höheren Beschäftigung eine ebenso große Zunahme des Wohlstands in Deutschland entspricht. Baldus, Volkswirt an der Universidad Rey Juan Carlos in Madrid, hat darauf hingewiesen, dass beispielsweise die Einzelhandelsumsätze in Großbritannien und Frankreich in den letzten zwölf Jahren um rund 50% und selbst in Spanien von 2000 bis 2007 noch um 20% gestiegen sind, während sie in Deutschland von 1996 bis 2008 sogar leicht zurückgingen⁶². Der jüngst veröffentlichte Wohlstandsbericht der Europäischen Zentralbank lässt seine Folgerungen aus diesem Befund plausibel erscheinen. Deutsche Haushalte liegen mit einem Durchschnittsvermögen von 200.000 Euro hinter spanischen, französischen und italienischen Haushalten und weit hinter Haushalten in Luxemburg, Zypern und Malta⁶³. Aber hier endet die Kompetenz des Arbeitsrechtlers; das ist ein weites Feld, das ein Ökonom bestellen müsste.

⁶² P. Bagus, *Die Tragödie des Euro*, München: FinanzBuch Verlag 2011, S. 63 et seq.

⁶³ <http://www.sueddeutsche.de/> [Zugang am 9.04.2013].

